

D. D.
DISSERTATIO JURIDICA.
DE
HYPOTHECA.
PARS I.

QUAM
SUFFRAGANTE CONSULTISSIMA FACULT. JURI-
DICA IN REG. ACAD. ABOËNSI;
PRÆSIDE

MATTHIA CALONIO,

JURIS PROF. REG. ET ORD.
Publico Examini submittit

ANDREAS GOTTSKALK,

AUSTRO-FINLANDUS.
DIE XIII. DECEMBERIS ANNI MDCCLXXXVI.
L. H. A. M. C.

ABOË, TYPIS FRENCKELLIANIS.



Si promissa sua facultatibus suis metirentur, nec mutuam, qua societatem humani generis contineri palam est, fidem proderent unquam mortales; parum omnino abesset, quin ad res creditas in tuto collocandas sola sufficeret *Debitoris* stipulatio, & qua, a primo, quo deberi coepit, temporis momento bona sua *Creditori* naturaliter tenentur obligatio, ipsis scilicet patrimonii sui visceribus inhærens. Verum, cum tanta esse soleat mutuitantium nequitia & improbitas, ut nihil propemodum quam fallere & falli magis sit quotidianum; vix mirum cuiquam videbitur, pusillum adeo nudis jam tribui verbis, quantumvis & generosæ fidei obtestatione vallatis, ut potius, qui de pecunia mutuum danda rogantur, antequam audire velint, varias sibi constituendas deposcant *cantiones*, quarum adjutorio de
suo

suo recuperando securiores efficiantur. Præcipuum in his locum tuetur PIGNUS, cujus ideo naturam intimius pernovisse, magnum sane in jussi æquique, quatenus circa MEUM & TUUM versatur, disciplina trahit momentum. Ea in primis hujus species, quæ proprio vocabulo HYPOTHECA dici suevit, cum, quod a naturalis juris simplicitate longius recedat, tum, quod circa illam perniciosissime & maximo cum publicæ fidei detrimento erretur, digna est, quæ ex domesticis patrii juris principiis, missis, quibus exoticarum legum Doctores hanc materiam assatim implicarunt, tricis, accuratius discussa exhibeatur. Quod itaque cum specimine hoc Academico, pro tenui virium nostrarum modulo facere in animum induxerimus, æquior nobis pollicemur CANDIDI LECTORIS censuram!

§. I.

JUS IN RE creditori in securitatem crediti constitutum, generali nomine *Pignus* adpellatur. Quia vero laudatum jus constitui solet vel *traditione* rei

in custodiam creditoris; vel nuda ejusdem obligatione, manente videlicet illius apud obligantem possessione: duæ hinc oriuntur *Pignoris* species. In priori casu existit *pignus propriè tale*: in posteriori *hypotheca*, quæ proinde per *jus creditori in re non-tradita*, in *securitatem crediti constitutum* rectè definitur (a). Illud solo etiam naturali jure ad firmandam valet rerum creditarum fidem. Hæc contra legum civilium est inventum, nec nisi earum præsidio munita, ullum sortitur effectum (b).

(a). Vox *pignoris*, utrum a *pugno*, quod manu tradatur, prout voluit GAIUS l. 238. ff. de verb. signif. an ab antiquo *pago*, *pepigi*, quod vel pangende i. e. firmandæ fidei causa, vel sub pactionis lege datur; an denique a cognato huic Græco *πηρῶν* rectius derivetur, nostra parum refert. Vide his tamen MENAGII *Amænit. Juris* p. 322. De *hypotheca* vocabulo, quod a Græco *ὑποθήκη* deductum sit, satis adparet. Cujus ad exemplum Romanos etiam *supponere* pro *oppignorare* & *res suppositas* pro *pignori obligatis* dixisse, manifestum est. Vid. rubr. Tit. ff. de reb. cor. qui sub Tut. vel Curat. sunt non alien. vel supponendis. l. 6. Cod. de pignor. act. l. 7. & l. 8. §. 1. Cod. de præscript. trig. vel quadrag. annor. Quamvis autem varius olim nec satis sibi comitans utriusque vocis obtinuerit usus: attamen inde jam a Justiniano ævo, cfr. §. 7. Instit. de Action. hoc potissimum, communibus fere Eruditorum suffragiis, inter illas constitutum est discrimen, ut *pignus* earum propriè esset rerum, quæ simul etiam creditori traduntur, sive mobiles sint sive immobiles: Eæ contra res, quæ sine traditione, nuda

multa tenentur conventionem, *hypotheca* appellatione con-
 tineri dicerentur. Unde & recte PHRENSTRÅLE Ju-
 rispr. civ. sect. III. c. 14. §. 3. *Vurder thet pantfattede
 med lefveradt til Creditoren: heter thet lignus. Men behål-
 der Debitor thet sielfver hos sig: kallas thet Hypothe-
 ca, utan åtskilnad om ägendomen är fast eller lös.*
 Quo vero evidentius est, hanc differentiam ab essentia
 ipsius negotii esse petitam, adeoque & docendi legibus
 quam maxime adcommodatam; eo minus probandi viden-
 tur, qui ad *materiam*, quam *formam* obligationis magis
 intenti, explosam jam dudum recoquere laborant desinen-
 tibus rationem, *pignus* mobilium, *hypothecam* immobilium
 esse statuentes, nullo habito respectu an accedat vel non
 accedat ipsius rei traditio. Est horum in numero, præter
 ceteros obcurioris famæ, WOLFII *Instit. Jur. Nat.* §.
 697. ab iis etiam, qui alias in sua fere jurarunt verba,
 hoc in puncto desertus.
 (b). De *pignore*, quin juris sit naturalis, vel quod eodem re-
 gno eadit, quin sua natura aptum sit ad securitatem creditori
 præstandam, quatenus scilicet in ejus custodiam ac possessio-
 nem transfertur, nemo fortassis dubitaverit. An vero i-
 dem valeat de *Hypotheca* quæstio est altioris indaginis
 intimis nempe Juris naturalibus recessibus innexa, quæ
 si rite enodetur, & universæ huic doctrinæ multum lucis
 adfundet, & patrum de hoc argumento legum æquitati
 demonstrandæ distinctiusque perspicuendæ interserviet. Non
 autem, quod probe notandum, id jam quæritur, annon
 per principia Juris naturalis fieri queat, ut quis rem
 suam, servata sibi ejus possessione, creditori suo assignet,
 eam ad effectum, ut *debito*, quo pactum fuit tempore,
 non soluto, creditor jus habeat eam invadendi, & solu-
 tionem ex illa, vel si alienari eandem contigisset, ex
 pretio ejusdem, quatenus in bonis creditoris exstat, vi-



repetendi. Quotus enim quisque est qui non videt, etiam
citra expressam conventionem creditori jus esse, sicubi
debitor in termino ultro solvere renuerit, bonis ejus
ubicunque inveniantur manum injiciendi, atque tum
quidem ei, qui de suo recuperando certat, electionem com-
petere, an præcise ex re obligata, an ex aliis prom-
tius distrahendis satisfieri sibi velit. Neque id in con-
troversiam vocandum, utrum non creditori jus sit, rem
a debitore sibi obligatam, sed apud tertium jam, &
quidem mala fide manifeste tali existentem, persequendi.
Nam & hæc persecutio, si vel aliunde sibi satisfieri ne-
queat, vel creditor ex re ista apud tertium existente
solutionem præoptaverit, nulla quamvis hypothecaria
ejus obligatione supposita, utique erit ipsi adferenda.
Tertius enim possessor, si rem debitoris vi aut furto
abstulit, siue cum debitore in creditorem fraudandum
collusit, injuriam creditori intulit, solutionis impetrandæ
facultatem ipsi intercipiendo, eoque justam huic belli sibi
intentandi causam suppeditavit. Qua propter, & cum
in neutro casu quidquam novi juris, quod præterea
creditori non competisset, hypotheca operetur, per se
patet, frustra eam & inutiliter horum intuitu in statu
naturali constitui, cfr. PUFENDORF. *Jur. Nat. & Gent.*
L. V. c. 10. §. 16. In eo potius omnis quæstionis hu-
jus vertitur cardo, an ex pacto hypothecario jus credi-
tari enascatur in re obligata, vi cujus in statu naturali
eandem a quocunque possessore, & per consequens etiam
ab eo qui ejus dominium bona fide acquisivit, vindica-
re queat. Si juris vel naturalis vel Romani interpretes
consultere velis, tantum non omnes uno quasi ore adfir-
mantes audias, hypothecam esse *jus in re*, id est *facul-*
tatem rei apud quemcunque possessorem persequendæ.
atque hinc Hypothecario creditori vindicationem rei sup-
po-

positæ, non obstante ejus alienatione, aut bona adquirentis fide, quamdiu res existerit salvam manere: Fieri enim non posse ut res aliter quam cum suo onere trans-eat. Sed si hoc, ac jam diximus, modo definiatur *jus in re*, vereor ut, sola naturali ratione inspecta, ullum tale in humanæ vitæ societate exillere possit. Vult jus naturæ ut certa sint inter homines rerum dominia, quippe quorum certitudine sublata, infinitas oriri turbas necesse est. Quidquid ergo ad evertendam dominiorum securitatem directe tendere intelligitur, id &, ex generali de pace colenda & iis quæ ad eam servandam conducunt unice faciendis præcepto, prohibitum censeretur debet. Eo vero procul dubio tenderet indulta ista contra bonæ fidei possessorem vindicandi facultas. Quantum enim ad tuendam dominiorum securitatem in eo situm est momenti, ut adversus *mala fide* possidentem æterna sit vindicandi auctoritas; tantum contra ad labefactandam eandem, & justissimam etiam possidendi conditionem precariam reddendam, quin imo ad disturbandam omnem commerciorum rationem valeret, si par vindicandi facultas cuilibet etiam adversus bonæ fidei possessorem concederetur. Qvis ignorat *dominium* in omnimoda sua perfectione spectatum complexum esse omnium jurium, quæ cuiquam in re aliqua competere possunt. Sed tantum abest, ut domino infinita illa rei suæ apud quosvis possessores persequendæ potestas attribui debeat; ut potius si ulla unquam futura erit rerum ac mercium inter homines permutatio, ad solum malæ fidei possessorem eam restringendam esse ipsa svadeat, quæ humano generi fere propria est, mutuæ opis indigentia. Si autem domino, cujus pinguißimum in re sua jus est, hunc præfixum voluit vindicationis terminum naturalis ratio, quem & qua *mobilia* saltim, nostræ. X. 7. XI. 4. XII. 4. XVII. 2. HBl. Riksf. St. Besl. om Banguen den. 22. Se-

Septemb. 1668. §. 57. cfr. RABENIUS *Om. klander å lds egendom, som på god tro kommit i tredie mans hand* Ups. 1770. & aliarum nonnullarum gentium; vid. MEVIUS *ad Jus Lybec. Lib. III. art. II. Tit. 1. 2.* HERTIUS *Paremi Jur. Germ. Lib. I. paremi* 13. quādamēnis agnoverunt leges: quidm̄ & idem iustum erit quā Hypothecarium creditorem, intuitu rei sibi obligatæ, quam possessione sua non detinet, et cuius alienandæ facultatem, debitori, sub conditione tantummodo solvendi debiti, salvam reliquit. Si debitor pacti leges violavit, & Titio rem vendidit Cajo prius obligatam, pretio emtionis huic interverso, quid hoc ad Titium, qui bona fide a domino rem emerat, quam nec rescire, nec suspicari quidem poterat ære alieno esse gravatam. An is ob debitoris fraudem & creditoris imprudentiam suis multabitur bonis? Non sane patitur iustitia, ut ob alienam culpam, cuius nulla ratione particeps fuit, tanta adiciatur injuria. Si hoc admitteretur, actum foret inter homines in statu naturali degentes de possessionis omnis securitate. Nonne æquius est, ut creditor, in cuius potestate fuit firmiori vinculo suæ securitati prospicere, hanc suæ credulitatis ferat poenam, ut a persecutione rei repulsus, contra debitorem, cuius fidem secutus est, qua velit via experiat, quam ut tertius possessor, penes quem non erat obligationem rei adhaerentem subodorari, sua fraudetur pecunia. Quemadmodum autem ex his nullo negotio colligitur, quidnam sentiendum sit de hypothecis, quas gens genti, Princeps Principi in suis constituunt rebus, eas nimirum nullius esse usus, ceu & de iis iudicant PUFENDORF *l. cit.* GUNDLING *de jure oppignor. territ. §. 60.* de NEUMANN. *Jur. real. Princip. §. 384.* & allegatus *ibid.* LEIBNITIUS in *Præfat. Jur. Gent. diplom.* ita simul adparet hypothecam

eam proprie talem, quatenus tanquam diversum quid ab ea concipitur obligatione, quæ simulac deberi coepit, patrimonio debitoris naturaliter innectitur, legibus tantummodo civilibus esse procreantam. Etenim hæc, ut hypothecarias obligationes variis sollemnitatibus, quibus ad communem civium notitiam facillime perducantur circumscribere, coque ipso providere possunt, ut rerum hoc nomine obligatarum nec nova oppignoratio, cuiquam nisi supine negligent, aut stolidè credulo fraudi unquam esse queat: sic & absque ullius injuria, pariter ac sine ulla certitudinis dominiorum in civitate turbatione, *jus reale*, quod scilicet *ipsam adficiat rem*, in hypotheca creditori constituere valent, eam ad effectum, ut si in alienam possessionem res supposita transierit, de solutione debiti ex eadem impetranda novum possessorem, actione in rem convenire queat. Si cautelas legitimas in sui favorem introductas non observaverit error, habebit quod sibi imputet. Damnum, quod inde sentit, tanquam quod sua culpa sentiat, sentire non putatur. Adcurate namque loquendo non alio habetur censu, quam si *mala fidei* esset possessor, quippe qui rem, de qua, an alteri alicui prius esset obligata, facili negotio certior fieri potuisset, sibi adquisivit, coque si non *doli*, *culpæ* tamen ad dolum proxime accedentis reatum sibi contraxit. Quatenus igitur in legum civilium potestate est cavere, ne in re obligata, plus juris quam quod ipse revera possidet, constituere aliis queat debitor; eatenus quoque earum patet facultas, *jus reale* hypothecario creditori in illis indulgendi. Quoties hoc efficere ultra legum vires positum est, toties, nisi manifestæ iniquitatis accusari velint, nec id sibi arrogant, ut nudæ conventioni, jus in re, sua auctoritate adungere laborent. Cumque illa fraudum in alienationibus & obligationibus rerum præcavendarum potestas, per

ipsum commerciorum in civitate habitum modolatiſſus pateat, modo arctioribus terminis ſit concluſa: ſit inde ut varii etiam ſint *juris in re* cum hypotheca connexi gradus, vindicandi nim. facultate nunc longius porrecta, nunc intra anguſtiores cancellos reſtriſta, nunc omnino nulla eidem adhaerente. Quibus autem principiis univerſum legumlationis hypothecariæ rite comparatæ myſterium innitatur, prout prudentibus & rerum ipſarum uſu ſubactis cauſſæ hujus æſtimatoribus ex adductis perſpectu haud diſficile futurum conſidimus; ita nec obſcurum eſſe poterit, quæ factum, ut cum ex Romani juris placitis, jus pericquendæ hypothecæ privata conventionē ſive in mobilibus, ſive immobilibus conſtitutæ, contra quosvis poſſeſſores creditori eſſet permiſſa, hodiernarum pæne omnium in Europa noſtra gentium legibus, reſfragante licet Doctorum præjudiciis ſuis innutritorum turba, in tantum inde diſceſſum ſit, ut hypothecaria actio, ſola ſere *immobilium* & judicialiter quidem obligatorum claſſe terminetur, rariuſ ad privatam obligata, rariffime vero, & non niſi in caſibus extraordinariis quodam favore dignis ad *mobilia* producatuſ, quippe quæ ex communi regula *ſequelam non habere* dicuntur. cfr. HUBERI *præleſt. Jur. Civ. I. III. p. 1033.*

Quod autem leges hypothecam, ad qualemcunque *juris in re*, naturaliter vix niſi *traditione* conſtituendæ, dignationem provexerint, ejus rei ratio ex utilitate hypothecarum repetenda eſt. Etenim cum glifcentibus commerciis, publicæ rei quam maxime intereſſe animadvertiſſent Principes, ut pecunia, ceu rerum omnium gerendarum nervus, continuo, eoque celerrimo ac ferret negotiorum natura, inter cives agigaretuſ motu; hoc vero non obſtineri, niſi provideretur, ut & mutuam facile invenirent, qui-



quibus opus esset, & qui dandam haberent fenebren-
tuto collocare possent: hinc quia *fidejussores* præstare
difficillimum haud raro accideret; nec tanta cuiquam fere,
ne opulentioribus quidem, inprimis ultra quotidiani usus ne-
cessitatem, suppeteret mobilium copia, quanta ubi grandio-
rem pecuniam mutuam sumendam res postularet, pigno-
ris loco opposita tuendæ creditoris securitati sufficeret:
debiteres autem ad ædes fundosque & prædia credito-
ribus mox tradenda compelli & durum & multiplici re-
spectu damnosum videretur; in eam tandem inciderunt cogita-
tionem, ut nudam rerum, præsertim immobilium, aliquando
etiam mobilium assignationem, traditionis quasi vice habendam
juberent, parique ac hanc naturaliter comitatur jure, quoad ejus
fieri posset, communitam vellent. Quod institutum, quo
magis & prævehendæ agriculturæ, & opificiorum ac com-
merciorum flori promovendo, inservire deprehensum est;
eo quoque sollertius in linando eodem, & novis cau-
telis, quibus novitiis occurreretur fraudibus circumspien-
do elaboratum est, ut quod primitus rude erat ac infor-
me, fallaciis partim ac perfidis illusionibus undique pa-
tens, partim cum necessaria in civitate dominiorum cer-
titudine ad concordiam difficillime redigenda, eo usque
excultum jam adpareat, ut in plerisque populis, hypothe-
ca quantumvis civilis juris fetus, ad pignoris, natura
licet sua pinguioris, securitatem, quam proxime accedere
videatur, ceu id Leges Romanas & antiquiores hodierna-
rum gentium, cum recentioribus contendenti perspectu
haud erit devium. Verum historiam hujus in orbe nostro
instituti scribere nobis jam non est propositum. Memi-
nisse potius juvabit, hypothecam antiquis nostratium le-
gibus tantum non fuisse incognitam, & eo quidem us-
que, ut nisi ad eam referre velis exempla *VIII. 4.*
Thingsm Bl. UplL. XXX. Tingm Bl. LL. XXI. ABl.

StL. in prime. obvia, quæ tamen alio niti videntur fundamento, nec in maritimis contractibus *Gottl. StL. Lib. III. P. 3. c. 14. Wisby SjðR. art. 10.* alia ejus adpareant vestigia, quam quæ sequioris ævi consuetudo introduxit, vid. *Art. 37. §. 57. l. prox. cit.* Quæ olim fiebat oppignoratio rei sive immobilis sive mobilis, traditione interveniente erat facienda, & contractus pignoratitius haud secus ac apud reliquos Germanos, speciementionis cum pacto de retrovendendo initæ, ut plurimum referebat, ejus juris etiamnum nonnullæ supersunt reliquæ. *I. 1. IX. 3. 7. JBl. Adel. Priv. d. 16. Octob. 1723. §. 27.* Dicebatur autem pignus promiscue *Wädb & Pant IX. JBl. VII. KöpmBl. UplL. X JBl. WGL. XVI. Egbnf. Bl. ÖGL. VII. VIII. JBl. X. XI. KöpmBl. LL. I. 1. JBl. VI. VII. X. XII. KöpmBl. StL.* Neque enim, quod a nonnullis juris antiquioris interpretibus constituitur discrimen inter *Wädsatt & Pantsatt gods*, ac si illud res cum clausula commissorïa, hoc sine tali clausula pignori oppositas denotaret, legibus usque quaque sustinetur, ut loca allata id satis evincunt. Cfr. *IHRE Glossar. voce. Wad & Pant;* item *du CANGE Glossar. med et infim. Lat. voce Vadium.* Exolevit vero jam vox *Wädb* & remansit in usu solum *Pant*, quod hodiernum & de pignore proprie tali & de hypotheca adhibetur *IX. 2. 3. 4. 8. JBl. X. I. - 7. & underpant XVII. 2 JBl.* quod licet frequentius hypothecam notet, passim tamen & de pignore usurpatur. Hinc quoties alterutra species sigillatim designanda venit, addi solent epitheta, quæ notionem vocis generalem ad hanc vel illam restringant. Sic *Pant then man i bänder får X. 1. HBl. som man i bänder basver §. 6. ibid. Lös pant XVII. 2. HBl. V. 3. UtBl. Pantsatt jord theri verkelig införsel är gifven, IX. 7. JBl. Fast pant theri Borgenär sitter. XVII. 13. HBl.* pignus notant rei tra-



traditæ vel mobilis vel immobilis, quod posterius speciatim *Antiebreſin* vocant: cum ex adv-rio *Pantſönſkrifning, förſkrifven pant XVII. 9. 10. HBl. V. 6 UſBl. inteknad pant IX. 2. HBl. intekning XVII 8. 11. 12. HBl. VII. 1. 2. RBl. Förlagsord. d. 24 Febr. 1748. §. 2. Hall-ordn. d. 2 Apr. 1770 art. V. §. 5. vel contractum hypothecarium vel rem hypothecæ ſubjectam ſumant.*

§. 2.

Tria ergo ſunt, quæ ad formandam completam *Hypothecæ* notionem requirantur: Duæ nimirum perſonæ *Debitor & Creditor* (a): *Res* ſecuritatem Creditori præſtare apta (b): & rei iſtius in crediti fidem *obligatio* (c): E quibus ſimul adparet, hypothecæ conſtitutionem negotium eſſe *acceſſorium*, quod ſine præſtructa obligatione quadam alia *principali* ne intelligi quidem queat (d).

(a). Quemadmodum *debitor* is eſt, a quo invito præſtatio quæcunque, cujus modo pecuniaria eſt æſtimatio, exigî jure poteſt, ita viciffim Creditoris adpellatione continetur non tantum, qui pecuniam credidit, ſed cui ex quolibet cauſſa debetur. l. 11. 108 ff. *de verb. ſignif.* Ille, nobis *Gäldenâr, Skuldenâr, Låntagare*, ſi rem ſuam, quo magis tutum ſit debitum, obligaverit, Hypothecarius Debitor, *Pantågare IX. 4. 6. JBl.* Hic in vernacula, *Borgenâr, Långifvare*, ſi eam obligationem acceptaverit, Creditor Hypothecarius *Pantåfsvare IX. 1.* JBl. dicitur. Quod autem uterque eſſe poſſit *perſona* vel *ſimplex* vel *compoſita* per ſe patet.

(b) In re, quæ hypothecæ nomine obligatur, generatim requirimus, ut sit ad securitatem creditori præstandam idonea. Quæ propter necesse est (1) Ut res sit alienationis capax, quo debitore non solvente in pecuniam mutari, vel in possessionem & dominium creditoris transferri queat. (2.) Ut sit obligantis propria, pleno scilicet dominio ad eum pertinens. Dicimus obligantis, nam ut res debitoris principalis sit propria, prout vulgo docent, id præcise non requiritur. Etenim, ut ex cujusvis, cui lex impedimento non est, arbitrio pendet, an pro altero fidejungere velit; ita nec quidquam obstat, quominus, ubi creditor personam suam sequi noluerit, rei suæ fidem pro alieno debito interponat. cfr. *K. Resol. på Krigs Bef. Besvär af de indelte Regem til Håst d. 16. Octob. 1723. §. 15.* (3.) Ut secundum tempus præsens & ex pretio communi æstimata valeat ultra quantitatem debitam, quo sic & ad sortis & ad usurarum periculum avertendum sufficiat. Quo tamen creditorem non prohiberi, quo minus, ubi hypothecam tanti valoris habere nequeat, rem vel minoris pretii, vel ex sola debitoris adfectione spectatam obligari sibi faciat, ut ejus adminiculo, saltem pro parte crediti tutus præstetur, evidentius est quam ut moneri debeat. (4.) Ut anteriori al qua hypothecaria obligatione in tantum non sit onerata, quin & creditori, quocum jam agitur, satisfieri inde queat. Non ergo constitui potest hypotheca (α.) In rebus extra commercium positis: Non (β.) In bonis privatis alienis, domino non consentiente *X. 1. §. 1. IBL.* Talia autem sunt respectu possidentis prædia dotalia *IX. 4. GBL.* usufructuaria *VIII. 1. IBL.* fideicommissaria, cfr. *Förslags Ord. d. 24. Febr. 1748. §. 15.* & quæ quis conductionis lege utenda fruenda accepit *XVI. §. 1. IBL.* cfr. *XI. 4. HBL.* Non (γ.) In bonis communibus, nisi qua eam partem quæ est obligantis; quod

quod enim in iis ultra est, in alieno intelligitur esse dominio: Non (d.) In prædiis coronæ seu fiscalibus, in quibus vel utile tantum dominium, vel nudum jus perpetuæ possessionis sine ulla proprietatis particula alicui est constitutum; & ne in iis quidem, quorum distractio alias, ceu in prædiis equestri militiæ præstandæ assignatis obtinet, in solutionem debiti est permessa. *K. Br. d. 10. Octob. 1688. K. Resol. d. 14. Oct. 1723. K. Förord. d. 9. Junii 1726. & d. 22. Febr. 1749.* Exceptis tamen prædiis coronæ Metallicis, *FörlagsOrd. 1748. §. 9.* & emphyteuticis, siue dominium eorum directum ad Fiscum vel privatos pertineat. *K. Resol. på Ridd. och Adel. Besv. d. 29. Aug. 1668. §. 53. K. Resol. på Allmog. Besv. d. 17. Sept. 1723. §. 77.* quippe quæ certis sub conditionibus in fidem crediti devinciri possunt. Nec (e.) In iis, quæ in universitatibus sunt dominio, siue ad pios, quos vocant, siue alios quoscunque usus destinata. *Præst. Priv. d. 16. Octob. 1723. §. 5. K. Br. ang. Stådernes jord d. 25. Sept. 1745. item d. 27 April 1750.* Nec denique (f.) Regulariter in bonis, quæ adusque vel ultra verum suum pretium prius jam obligata sunt. *IX. 5. JBl.* Hæc summam observasse satis sit. Quæ præterea, qua diversas hypothecæ species, circa res in obligationem deducendas notatu digna fuerint, infra suis locis commodius proponentur.

- (c.) *Obligatio* rei non-traditæ, quæ ipsam formam hypothecæ abolvit, si ad finem intentum producendum valebit *mutuo* constituatur oportet debitoris & creditoris, vel quibus hi suam vicem *mandaverint*, *consensu*, eoque vel *directo* in ipsam obligationem, vel *indirecto* in factum e quo hypothecaria rei obligatio ipso jure emergit. Ubi alteruter horum vel uterque aut natura, aut ex legis
dis-

dispositione ad consentiendum fuerit inhabilis, tales autem sunt, quibus negata est bonorum suorum administratio, deficientem ejus consensum supplebit is in cujus positus est tutela *XI. 1. 6. GBl.* accedente insuper non nunquam Judicis competentis auctoritate. *XXII. 3. ABl. IV. 8. JBl. coll. c. K. Förord. om län i Banquen på onyud. fasta Egend. d. 29. April 1756.* Sed & hæc ipsa, in sequentibus, ubi res ita tulerit, latius erunt explicanda.

(d.) Cum non propter se, sed propter majorem crediti fidem ac securitatem constituatur hypotheca; consequitur inde, obligationem ex hypotheca proveniente, principalis illius, qua debitor ex credito accepto tenetur, *subsidiariam* tantum esse seu *accessoriam*, adeoque solam & per se subsistere non posse. Accedit vero hypotheca *mutuo* plerumque, ut frequentissime obvio; sed accedere quoque potest aliis quibuscunque contractibus, tacitis aut expressis ex quibus alteri aliquid debetur. Ubicunque enim credito & debito, ibi & hypothecaræ non minus quam cæteris cautionibus locus.

§. 3.

Contracto autem debito, constituitur hypotheca vel sola legis provisione, vel expresso debitoris & creditoris consensu. Hinc in *tacitam* seu *legalem*, quæ a lege inducitur (a.) & *expressam* seu *conventionalem*, de qua partes inter nominatim convenit, dispescitur. Nos de *illa* primum, de *hac* deinceps videamus.

(a.) Cum nec *causæ* credendi, nec *personæ* creditorum una

ca-



eademque omnes æstimandæ sint ratione; sed aliæ propter æquitatem, aliæ ipsa humanitate id efflagitante, aliæ denique ob publicam utilitatem singulari quodam favore dignæ videantur: invaluit inde, ut quibusdam creditis, sola legis potentia, citra partium voluntatem, saltim principaliter eo directam, hypothecæ indulgerentur, quarum præsidio diligentius illorum securitati caveretur. *Privilegio* ergo vel *causæ* vel *personæ* vel *utroque* conjunctim tanquam proximo suo fundamento immituntur quotquot sunt leges, quæ de hujus hypothecis disponunt. *Tacitas* illas vocabant Romani, cum rectius *legales* dici debuissent. Ratio hæc erat, quod cum ex eorum philosophia nulla unquam nisi ex consensu nasci posset obligatio; *expressus* autem, in speciebus harum hypothecarum apud illos receptis, manifeste deficeret: aliqualem tamen intervenisse fingerent Doctores, quem, licet præsumeretur tantum, consueti sibi inter *tacitum* & *præsumtum* singulis in casibus distinguendi materia, *tacitum* ut plurimum adpellabant. cfr. THOMASIUS, *Dissert. de hypoth. tac. propter pecun. lustr. §. i. not. (a.)*. Interim cum utraque adpellatio communis jamdudum juris evaserit; Et quod inter *hypothecas tacitas conventionales* & *legales* commentus est discriminem HERTIUS *Diff. de pign. convent. tacito*. tanto minus sibi constare videatur, quanto certius sit, allegata ab ipso priorum istarum exempla vel ad hypothecam expressam, vel ad naturalem rerum debitoris in crediti fidem obligationem rectius pertinere; nos terminos hypothecæ *tacitæ* & *legalis*, prout & vulgo fieri solet, promiscue adhibebimus. Cæterum quamvis *hypotheca tacita*, Germanis *das stillschweigende unterpfand*, in legibus, ac constitutionibus patriis, quantum nobis quidem videre datum fuit, proprium, quod eidem respondeat, vocabulum non habeat, res tamen ipsa diserte

lerte satis in illis proposita reperitur. Colligitur nim-
 eam constitutam esse ex variis verborum formulis ac
 conceptionibus, quæ vel (1.) Expressa nulla partium
 conventionne supposita hypothecariam obligationem claris
 verbis rei cuidam adnectunt, ut *XVII. 3. JBl. vare
 ock altid skattejorden underpant för try års ränta. C.
 II. Red. SjöL. och vari skipslotten emedlertid then til
 säker underpant, som förskutet hafver: Vel (2.) Securi-
 tatem in re quadam debitoris, creditori præ cæteris
 aliis impertiuntur, ut *XI. 2. JBl. niute sin säkerhet i
 tbet som såldt är fram för andra &c. vel (3.) Creditori
 facultatem concedunt, res debitoris in ipfiusmet possessio-
 ne adhuc existentes, privato ausu, non in interflignium
 aut admiffi recognitionem, vidermål, ut *IX. 1. 2. XVII.
 3. BygnBl. K. SkogsOrdn. d. 12. Dec. 1734. §. 9.
 quippe quod huc non pertinet, sed in solutionis securi-
 tatem, cum distrahendi jure, pignorandi, ut *XVII. 5.
 JBl. hafve ock ägaren mact, at hålla gästens gods quar
 &c. VIII. II. UtBl. hafve Borgenär våld, at behålla
 gods hans til sin säkerhet. XIV. 4. SkiplBl. SjöL, haf-
 vi thå mact at taga af innehafvande gods så mycket
 &c. vel denique (4.) Jus prælationis in re debitoris credito-
 ri simpliciter assignant, quorum spectant formulæ, *tbet skal
 først gældes, hafve förtråde, äge förmon &c. XVII.
 4. 5. 6. 7. 8. HBl.* Non enim dubium quin omne jus
 prioritatis, ex præstructa pendeat hypothecaria rei obli-
 gatione. Meminisse præterea juvabit, quod quoties le-
 ges creditori potestatem indulgent, detinende rei debi-
 toris, ejus jam antea, alio licet sub titulo, *naturalis*
 apud creditorem est *possessio*, idque vel eum in finem,
 ut emanente solutione in rem ipsam parata sibi sit exe-
 cutio, vel ut saltem debitor desiderio rei suæ ad satis-
 dandum aut solvendum quantocyus compellatur; toties
 non****



non *hypothecam*, sed *pignus tacitum* constitutum intelligi debet. Sic *pignus tacitum* est, quo fruuntur, opifex, pro mercede, in re in opificum tibi tradita *XVII. 3. HBl.* Commodatarius & depositarius in re commodata & deposita ob impensas necessarias eam in rem factas *XI. 3. XII. 8. HBl.* Emptor in praedio retracto, ob sumptus necessarios & utiles in illud aut ejus causa factos *V. 11. JBl.* Patromus causae, pro honorario, in instrumentis & actis, illius intuitu sibi traditis *XV. 12. RBl. &c.* Quamobrem nec ad stipulati possimus *VULTEIO* qui pignoris in *expressum* & *tacitum* distinctionem, non generis esse, sed speciei, solius scilicet hypothecae, existimat *Jurispr. Rom. Lib. I. c. 34 p. 193* Evidens namque esse arbitramur exempla allegata, & quae plura hujus generis occurrerint, cum in illis res obligata in creditoris sit possessione ac custodia, ad *pignus*, non ad *Hypothecam*, esse referenda.

§. 4.

Hypotheca tacita vel *certa* tantum bona creditoris, vel *universa* adficit. Si prius *specialis*; si postea *generalis* dici solet (*a.*). Quoniam vero ex solius Legumlatoris pendet arbitrio, quae & qualia credita peculiaris securitatis privilegio communita velit, sequitur, omnem hypothecam tacitam strictissimi esse juris, ut proinde judici non liceat, constitutam, ultra casus definitos, ad alios fortassis similes producere, multo minus novam ullam absque expressa lege comminisci (*b.*).

(*a.*) Haec hypothecae in *specialem* & *generalem* distributio,
C 2 ad

ad tacitam solam pertinet. *Conventionalis* enim omnis ex juris nostri hodierni principiis, contra quam superiori seculo obtinuit, ut videre est ex *Rätteg. Process. d. 23. Junii 1615. §. 19.* ubi in formulis juramenti calaminie actori & reo præscriptis, och til een bögge förvaring, sätter jag til en viss underpant alt mitt gods både rörligt och orörligt hädle thet jag nu äger, och här efter äga får: & thes til bögge försäkring sätter jag til underpant, alt mitt gods, thet jag nu äger och här efter äga får, item *Riksf. St. Besl. om Banken d. 22. Sept. 1668.* ubi in lubnexa formula obligationis hypothecariæ adium urbanarum, thå skal Banken vara fritt och obehindrat af annan min och the minas Egendom i löst och fast fram för någon annan sig nöijakteligen at betalt göra, specialis sit necesse est, ad singularem scil. aliquam rem, aut plures singulares, sed plene determinatas, restricta. Unde & frustranea jam est quaestio, de qua disputat *EHRENSTRÄLE Jurispr. Civ. III. Afđ. c. 14. §. 8.* et in *Emendatt. ad l. cit. p. 112.* utrum mutanti consultius sit *generalem* an *specialem* sibi hypothecam stipulari? Obligatio enim universorum bonorum judicialis lege non indulta est; nec privato forte instrumento constituta ullam in bonis vel immobilibus vel mobilibus non traditis securitatem operatur.

(b.) Regulam hanc a doctoribus tantum non omnibus receptam & adprobatam optimis superstructam esse argumentis, vix ullus temere negaverit. Est namque (1.) Hypotheca tacita, præter communem juris rationem introducta. Quæ autem talia sunt, non facile trahi debent ad consequentiam. (2.) Si extensiva legum de hypothecis tacitis disponentium interpretatio, ultra quam eadem & rationis paritate & communi insimul ac constan-

stanti fori usu a Principe tacite adprobato sustinetur, iudicibus esset permessa, metuendum utique foret, ne sub imaginaria æquitatis specie, infinitus brevis earum existeret numerus: quo ipso (3.) Omnis hæc doctrina vaga & incerta, rerumque creditarum fides, cuius damna majora plerumque sunt, quam quæ restitui possint, laxa admodum redderetur & ambigua. Hinc ne mireris in *Cod. Frider. Prussico P. II. Lib. V. Tit. III. §. 1.* expresse sancitum esse: *Dergleichen stillschweigende Pfänder, oder Hypothequen, werden durch die gesetzte constituirt, daher über die in Unseren gesetzen festgesetzte Zahl keine tacita hypotheca statt haben, noch auf andere fälle, ex paritate rationis, extendirt werden kan.* Nec est quod objicias, nullam talem in jure nostro cautelam reperiri. Superflua quippe visa est. Sana enim unum quemque conducet ratio, hypothecas hæc privilegiorum habere naturam: eas itaque datas probari debere: ubi verò datæ probari nequeant, jure communi standum, & ne latum quidem unguem inde recedendum esse.

§. 5.

Gaudent vero *hypotheca tacita speciali*: Locator ædium in rebus hospitis ædi suæ illatis ibique exstantibus, pro mercede conductionis & victu (a.): Dominus vel Magister navis, in mercibus navi invectis, pro vectura, expensis & contributione (b.): Nautæ in iisdem pro stipulata mercede operarum & ministerii (c.): Exercitores navis in parte focii instructionem ejusdem recusantis, pro pecunia ad eam instruendam prænumerata aut mutuo accepta (d.): Institutum ad-



securatorium pro avertendis periculis ædium ex incendio Holmiæ erectum, in ædibus adsecuratis, pro præmio adsecurationis credito cum usuris ultimi anni (*e.*): Venditor rei immobilis in re vendita pro pretio integro vel ejus residuo, donec firmatio tituli emtionis judicialis accesserit (*f.*): Dominus census seu canonis annui prædiorum rustico impositi, in prædio censito pro triennali censu (*g.*): Dominus directus, pariter ac propriarius prædii rustici, pro pensione & mercede conductionis triennali, item pro legitima æstimatione deteriorationis prædii, in rebus domini utilis aut conductoris fundo illatis (*h.*): Tandem & dominus superficiæ, in ædibus a superficiario eidem inædificatis, pro qualicumque hujus debito. (*i.*). Præter hæc, an alia dentur hypothecæ tacitæ specialis in patria exempla omni exceptione majora, equidem haud facile dixerim (*k.*).

(*a.*) Extra concursum creditorum, locator securitate fruatur in bonis hospitis ædi suæ illatis, pro quantocumque debito ex mercede conductionis et alimentis suppeditatis proveniente, *VIII. 11. Ut Bl. XVII. 5. JBl.* Sed cum hoc privilegio Locatores in cæterorum creditorum præjudicium facillime abuti possent; igitur cautum, ne moto concursu, ullum hinc nascatur *jus prælationis*, nisi qua mercedem solummodo ultimi anni, a proximo, antequam bonis cessit debitor, conductionis termino computati, & victum trium proximorum mensium, ex conditione sua & communi de facultatibus suis opinione æstimatum *XVII. 5. HBl.* Quicquid ergo a longiori retro tempore mercedis aut



victus nomine debetur, id, ex intermissa legitima ejus exactione, tacita velut *novatione*, in chirographarium debitum transisse præsumitur. Quod vero in luxum & belluaciones quando demumcunque creditum fuit, id personæ, non rebus creditum fuisse intelligitur. Quin autem, quæ pro mercede domino ædium in bonis primi conductoris competit hypotheca, etiam huic, si ædes a se conductas sublocaverit, in bonis subconductoris competat, id quidem nullam habet dubitationem. Sed quæri solet, an, mercede a primo conductore non soluta, *dominus* hypotheca fruatur in rebus *subconductoris*, quatenus ædibus suis sunt illatæ? Adhuc hoc plerique. Verum equidem, cum calus in jure nostro non sit decisus, vix aliter admittendum id vellem, quam si sublocator, mercede conventa a subconductore sibi non soluta, actionem sublocati sibi competentem, domino ædium cesserit. Nam præterquam quod durum foret, res subconductoris, dum ipse suo locatori nihil debet, domino ædium pignoras subdicere; æquum etiam videtur, ut cessione non facta, ejus quisque, quocum contraxit, fidem sequatur.

- (b.) Tribuant Nauclero aut domino navis hanc hypothecam, pro vectura *Frakt och Skepslega XVII. 5. HBl. VIII. 11. Ut Bl. XIV 4. SkiplLB. Sjöl.* pro expensis vero & contributione, quatenus illa in merces navi in vectas computantur, *KFörfäkr. och Hafveri Stadg. d. 2. Octob. 1750. om Hafveri. Artic. V. memb. 2. §. 5 cfr. LOCCENII. Jus marit. Lib. III. c. 3. §. 4.* Veniunt autem nobis *expensarum* nomine ea impendia, navigationis promovendæ causa facta, quæ sub *Havaria minori* seu *ordinaira*, vulgo sic dicta, continentur, quæ in quo consistant late explicat laudata *Const. l. cit. Art. 1. §. 1. 2. Contributionis* contra ad-



adpellatione eam intellectam volumus damni reparationem, quæ ad *Havariam grandem*, vulgo *Hafveri-gross*, pertinet, de qua *loc. cit. Art. III.* Quandoquidem vero hæc hypotheca, pariter ac illa, cujus *not. (a.) prox. preced.* mentionem fecimus, res obligatas non ultra alieunt, quam quoad eandem in ædibus locatis aut nave vel in naucleri custodia existere deprehenduntur; facile adparet eam nullius plane usus futuram, nisi creditori, sufficiente cautione sibi non præstita, concessa esset, donec sibi satisfiat, earum retentio. Hinc & utramque cum jure detentionis conjunctam leges voluerunt, ceu allegata loca id satis evincunt.

(c) *XVII. 5. HBI.* Est hæc hypotheca de earum genere, quarum nullus, nisi causâ ad concursum devoluta, sentitur effectus. Extra concursum enim Exercitores multa proposita ad nautis satisfaciendum compelluntur. *XXIV. SkipmBl. SjôL. K. Reglem. för Coopm. Sjôfolk d. 30 Mart. 1748. Art. V. §. 3.* Fundamentum autem ejus partim in eo situm est, quod opere & ministeria nautarum in eas præcile res versa sint e quibus ipsis jam debetur, quodque hinc naturaliter mercedes eorum cum ipsarum mercium pretio coalescant: partim & in favore, commerciorum, qui omnino exigat, ut navi onereque salvis, tuti de conventa mercede præstentur, qui ipse ejus alleci intuto se crediderunt mari, pulillumque luerum multiplici vitæ discrimine redimere non detrectarunt. Hinc neque ullius momenti sunt, quæ contra hanc hypothecam disputat KURICKE *Quæst. illustr. qu. XII. parem esse inquit, nautarum rationem, atque fabrorum lignariorum atque ferrariorum, qui et si domum aliquam sua opera & ministerio compaginaverint & exstruxerint, aut etiam ligna & ferramenta ad hoc con-*



contulerint, non tamen inde sibi jus pignoris in domo exstructa arrogare possunt. Nam licet prior ratio & qua hos obtineat: posterior tamen ex commerciorum favore petita, cujus magna vis est, in illos non quadrat.

(d.) *C. H. RedBl. SjöL.* Quemadmodum vero argumenta proxime adducta ad hujus hypothecæ, ut & illius quam pro vectura, expensis & contributione indultam paullo ante diximus, æquitatem demonstrandam adplicari possint, cuivis, nobis etiam tacentibus, facile est perspectu.

(e.) *K. Förord. ang. förmåns rätt för the lån som af Bränd och Försäkr. Cont. til busens försäkr i Stockb. uuddfås, d. 1. Junii 1748.* Et patet quidem inde, hanc hypothecam niti partim versione crediti in rem ex qua debetur, partim peculiari favore quo publica salus utilissimum hoc institutum prosequendum, ejusque indemnitati prospiciendum jubet. Adjecta autem cautela, qua proveniens hinc jus *πρωτοπρεξίας* ad sortem ipsam & ultimi tantummodo anni usuras restringitur, id efficit, ut reliquis creditoribus, quorum in damnum alias facile detorqueri posset, nihil ex hac hypotheca metuendum sit præjudicii. Quocirca & illud inde in ipsum institutum commodi redundat, ut quibus ejus mandata est curatio, ad diligentiam in usuris annuatim exigendis adhibendam compellantur.

(f.) *XI. 2. JBl.* Qui juris Romani adscripti sunt glebæ, fundamentum quærent hujus hypothecæ, in dominio rei venditæ, ante solutionem factam plene non translato. Dicunt enim *ULPIANUS. l. 5. §. 18. ff. de tribut. act. res venditas non alias desinere esse meas, quamvis vendidero, nisi ære soluto vel fidejussore dato, vel alias satis-*

D

facto

facto: Et POMPONIUS l. 19. ff. de contrab. emt. quod vendidimus non aliter fieri accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione, quod ultimum, quomodo de facto, quo venditor dominio se abdicavit, intelligendum sit, interpretes prolixè explicant. cfr. §. 41. *Inst. de. rer. divis.* Sed ut hæc Juri nostro non conveniant, quippe quo dominium rei immobilis, emtione venditione peracta, etiam si nec dum secuta fuerit traditio, in emtorem translatum censetur, ceu vel inde patet, quod & periculum rei, nisi aliter pactum sit, ab ipso venditionis momento, ad emtorem pertinere intelligatur: ita alii tacitam hic hypothecæ reservationem a parte venditoris intercessisse comminiscuntur. Verum & hoc frustra. Sufficit namque Legumlatorem favisse causæ venditoris ob manifestam ejus aequitatem, & apertissimam, cui alias locus futurus esset, ejus fraudandi occasionem. Quid scil. æquius, quam ut res immobilis vendita, pro ipso suo pretio, cujus solutione tota hand raro vertitur venditoris salus, tantisper maneat obligata? Quid evidentius, quam sublata protinus hac obligatione, amplissimam improbis emtoribus patefactum iri viam, alienatione aut oppignoratione prædii, id efficiendi, ut pretio convento aut nunquam, aut non nisi difficillime potiri queat venditor? Quod autem cessare voluerit Legumlator omnem tacitæ hujus hypothecæ effectum, ex quo, post trinam proclamationem firmatio judicialis emtioni accefferit, negata deinceps venditori actione in rem, nili intra istius temporis effluxum expressa hypotheca sibi prospexerit, ejus rei ratio non e longinquo est arcescenda. Etenim cum solutio pretii nullam desideret juris solemnitatem, ideoque in commune innotescere nequeat an & quando venditori satisfactum; nemo non videt, so-
la



la legali hypotheca in infinitum producta necesse fore alterutrum accidere, vel ut, obtentu soluti pretii, circumspiciis minus novis emtoribus aut creditoribus dolo circumveniendis lata panderetur porta, vel ut impedita admodum, ne dicam pæne impossibilis, redderetur prædiorum fere omnium sive alienatio, sive pro novo debito obligatio: quorum tamen utrumque præcaveri publicæ rei valde interest.

(g.) *XVII. 3. JBI. XVII. 6. HBI.* Adhuc hæc hypotheca prædia omnia censui aut decimis pendendis obnoxia, quæ in privatorum sunt dominio. De potestate autem, quæ hujus intuitu Fisco competit in prædiis censitis, quorum census sibi debetur (*Krono Skatte beman*), revocato vel abolito, ob intermissam per integrum triennium canonis debiti præstationem, jure censitico, proprietatem fundi in solidum sibi vindicandi, ejusque potestatis origine & fundamentis, quæque ad minuendum illius rigorem olim & recentiori ævo adhibita fuerint temperamenta, hujus loci non est differere. Consuli ea de re poterint *K. Carl. IX. Husesyns Ordn. 1591. K. Carl XI. Husef. Ordn. d. 18. Julii. 1681. §. 17. Skattl. Metb. d. 13. Januarii 1688. §. 6. Instr. för Håradsh. d. 9. Octob. 1688. §. 10. mom. 4. K. Camm. Coll. Kung. om Ödesb. d. 27. Nov. 1730. K. Resol. på Allmog. Besv. d. 28. Jun. 1731. §. §. 30. 42. d. 10. Sept. 1743. §. 13. d. 29. Nov. 1756. §. 41. &c.* Notandum solum, non prorogandam esse hanc hypothecam, ultra debitum ex vectigalibus trium proximorum annorum, cfr. *K. M. Instr. för LandsHöfd. d. 4. Nov. 1734. §. 25.* & extinctam eam censi, quam primum translato in alienum dominium prædio obligato, titulus acquirendi novi possessoris judicialiter fuerit confirmatus, nisi credi-



tor interea expressam sibi constituendam fecerit hypothecam. *K. Br. d. 1. Febr. 1700.* Quibus cautelis introducendis, quænam subfuerint rationes ex antecedentibus fatis liquere arbitramur.

- (b.) *XXII. 6. HBl. cfr. Adel. Priv. 1723. §. 18.* Cum in confesso sit, fructus e prædio conducto perceptos, in rem *coloni* verfos esse; hunc vero ad eosdem suos faciendos jus non habuisse, nisi sub conditione præstandarum & mercedis & operarum ad prædii conservationem necessariarum: haud iniquum videbitur, *domino*, pro conventa mercede & legitima deteriorationis prædii æstimatione, hypothecam in rebus coloni mobilibus, ex sua quippe re quæsitis, esse concessam. Quam tamen ad alia mobilia, quam quæ fundo illata & inducta sunt, extendendam non esse, ex ipsa causæ indole elucescit, quod & ABRAHAMSSONIO in *not. ad c. XXII. ABl. LL. p. 342.* recte observatum. Nec differt an colonus titulo domini utilis, aut sub conditione partiendorum ex æquo fructuum, aut admodiationis jure, aut alia quacunque conductionis lege prædium utendum fruendum acceperit. Quod autem neque hæc hypotheca, quatenus mercedem spectat, ultra eam, quæ pro ultimo debetur triennio, porrigatur, ejus rei rationes ex ante allatis sunt manifestæ. Sed cum eadem, ad reparationem damni ex deteriorato prædio, legitima quippe via & oculari inspectione definiendam *c. XXVII. BygnBl.* adplicari nequeant; & publice interfit, ut debita sua prædiis rusticis constet cultura; hinc & ad integram ejus æstimationem, quatenus scil. colonus in culpa fuit, producit. Venit cæterum in partem hujus hypothecæ Fiscus, pro tributis & præstationibus publico nomine fundo privato impositis, quippe ex quibus dominus prædii immediate, colo-



mus vero mediate tantum Fisco obligatur. cfr. *Adel. Priv.* 1723. §. 25.

(i.) *XVII. 6. HBl.* Tendit hæc hypotheca ad consolidandum dominium ædium cum dominio superficiæ. cfr. *IV. 6. JBl* nec ullum nisi moto concursu habet effectum.

(k.) Erat olim hypotheca tacita Tabernario publico indulta in rebus hospitis tabernæ illatis pro victu & vectura *K. Gästgifv. Ordn. d. 19. Aug. 1664. §. 24.* item possessoribus ulvæ communis, in prædio condomini, pro silva venum cæsa *K. Skogs Ordn. d. 29. Aug. 1664. §. 15.* Verum has jam abrogatas esse docent *K. Gästgifv. Ord. d. 12. Dec. 1734. §. 16. XXVIII. 9. BBl. K. Förordn. d. 11. Sept. 1766. §. 24. & K. Skogs Ordn. d. 12. Dec. 1734. X. 1. BygnBl.*

§. 6.

Generali contra Hypotheca in universis debitoris bonis constituta fruuntur, & quidem ex privilegio causæ, qui pecuniam in sepulcrum obærat debitoris crediderunt (a): Qui inventarium bonorum ab ipso relictorum confecerunt pro præmio laboris & expensis (b): Pauperes, ad assignatam suis usibus portionem ex summa inventarii percipiendam (c): Qui medicinam faciendo, medicamina & victum suppeditando, alianque operam commodando, debitori ultimo morbo decumbenti adfuerunt, pro sostro, pharmacis & labore (d): Famulitium pro mercede pro-



ximi aut currentis anni (*e*): Fiscus pro tributis ultimi anni (*f*): *Ex privilegio autem personæ*, Liberi & Pupilli in bonis parentum ac tutorum, ratione eorum quæ tutorio nomine ab his sunt administrata (*g*): Pia corpora & Universitates in bonis administratorum pro pecunia fidei eorum commissa (*h*): Fiscus similiter in bonis administratorum ob pecuniam fidei illorum mandatam (*i*): Qui de ordine sunt Nobilium, in bonis illorum, quos annuis suis redditibus colligendis rationibusque eorum reddendis præposuerunt, pro pecunia interversa (*k*).

- (*a*.) *XVII. 4. HBL.* Consuetudine fori, cui procul dubio ansam dedit commune olim in patria Juris Romani studium, quippe ex cujus principiis, ob pietatem & ne infepulta jacerent cadavera, *impensæ funeris semper ex hereditate deduci, & cum bona solvendo non essent, omne creditum præcedere solebant l. 45. ff. de Relig. & sunt. funer.* primum introducta est hæc hypotheca, nec, quantum scio, ulla ei legalis accessit sanctio antequam per *K. Resol. p. Åbo Stift Besv. d. 18. Dec. 1697.* Æstimantur autem sumtus funeris ex dignitate & facultatibus defuncti, ut neque plus imputetur sumtus nomine quam factum est, neque tantum quantum est si immodice factum est. Unde nec voluntas defuncti sequenda est, si res egrediatur justam funeris rationem *l. 12. S. 5. l. 14. §. 6. ff. l. cit.* Modum autem sumtibus funerariis ponunt variæ *Constitt. Regiæ*, quas recenset *WILSKMAN Eccles. Werk.* sub voce *Begravnig* p. 48. 49. 811. 812. ad quarum ideo tenorem, quatenus hodie-



diemum valent, eosdem, ubi de iis quæstio inciderit, exigendos esse facile intelligitur.

(b.) *XVII. 4. HBI.* Ratio hujus hypothecæ inde derivanda est, quod in commune creditorum commodum vergat inventarii confectio. Iis autem qui illud conficiunt, unam centesimam ex summa universi patrimonii, detractis inde nonnibus incertis, adsignat *K. Förordn. om Magistr. Pers. arfvode vid Boupctkn. d. 10. Dec. 1756.* quæ quamvis ad sola spectet municipia, paucis eorum quibus peculiari statuto aliter est provisum exceptis; attamen & ruri circa æstimandas hæc impenas fundamenti velut loco inservire quodammodo poterit. Salm eandem servant præmii pro consignato inventario quantitates, quæ, ad desiderium plebis, pro nonnullis territoriis edita fuere statuta particularia. *K. B. til Götba HofR. d. 8. Julii 1761. K. M. Utsl. för Torne &c. Härader i Skåne d. 3. Dec. 1762. cfr. K. M. Förordn. och Taxa d. 23. Maii. 1733.*

(c.) *XVII. 4. HBI.* Est hoc institutum, ut nimirum de bonis defunctorum octava cujusque centesimæ portio pauperis cedat, Regi CAROLO XII. acceptum referendum, quippe qui primus idem introduxit *K. M. Förnyade Tigg. Ordn. d. 21. Oct. 1698. §. 7.* Æquitatem autem hujus contributionis, simulac hypothecæ ejus nomine constitutæ, vñ cujus aliis plerisque debitis antefertur, nemo, quod opinor, in dubium vocaverit. Est scil. sustentatio egenorum, qui proprio labore inopem vitam tolerare nequeunt, de eorum quidem officiorum numero, quæ naturaliter ex sola humanitate, imperfecta, quam vocant, obligatione debentur: quamobrem & natura cuivis integrum est suo iudicio & stipem quærentium indi-



indigentiam metiri, & liberalitati suæ quem velit statuere modum. Ut vero in societate civili illibata hæc singulis constet libertas, publicæ felicitatis non sinit ratio. Ea quippe stante, necesse foret accidere, hinc intempestiva aliorum commiseratione, ut improbæ mendicitati, quæ vix alia calamitosior civitati cogitari potest pestis, fomes improvide administraretur, illinc fordida aliorum avaritia, ut vel negatis sibi crudeliter aut parcius supeditatis necessariis vitæ præidiis misere perire cogerentur pauperes, vel ut universo eorum alendorum onere in molliora habentes pectora inique inclinato, omnis tandem in civitate consumeretur misericordia. Quemadmodum ergo alias sæpe, quæ natura imperfecti sunt juris, legibus civilibus in perfectâ commutantur officia: ita, ut id in hac cumprimis fiat causa, & ad æquabiliorem pauperum curam & ad communem rei publicæ securitatem permagni omnino interest. Hinc & in omni civitate bene comparata quinam in personarum vere miserabilium classem referendi sint Magistratum partim, partim Cleri cognitioni reservatum: stipis in eorum alimentationem conferendæ necessitatem singulis pro facultatum suarum ratione, sub quadam voluntariæ largitatis specie injunctam: peculiare præterea fiscos, e quibus publico velut nomine privatorum singulorum beneficentiæ succurratur, institutos: varios insuper collectandi modos, quibus pecunia e privatorum loculis, ipsis id vix sentientibus, in fiscos hosce derivetur, excogitatos: & supremam universi hujus negotii curationem Principi vindicatam esse observes. In innumeris vero stipis in hos usus colligendæ consiliis, ut hoc ipsum, cujus mentionem fecimus, singulari sapientia & moderatione se commendat; ita nec vel heredibus vel creditoribus, in lucrandi, aut sui, saltem quadantenus, consequendi articulo constitutis

tutis grave videbitur aut onerosum, si pauperes, sua & ceterum, ubi publica defuerit pecunia, liberalitate alendi, etiam cum prioritatis jure in tantillam lucri contributionem legis beneficio perducantur. In ergasteriorum autem, sicubi ea in provinciis erigi contigerit, usum hanc jamjam adignatam esse novimus stipem. *K. Br. d. 11. Julii. 1786.* At valde falleretur, qui eam hoc ipso a primitiva sua destinatione abstractam sibi persuaderet. Quis enim nescit, ad provincias validis mendicantibus purgandas, efficacius nullum adhuc dum inventum esse remedium, quam ut in ergastula detrudi ad operas subeundas strenue cogantur: & paucos præterea esse veros mendicos, alienæ opis indigos, qui non simul aliquo occupationis genere, viribus suis adtemperato, utiliter detineri queant. cfr. *K. Förordn. om ett Råsp-och Spinn-bus invätt. d. 21. Oct. 1698. in princ.*

(d.) XVII. 4. HBL. *K. Resol. d. 1. Aug. 1698. §. 4.*

Et in Medicorum ac Pharmacopolarum, & in ægotantium gratiam, ne scil. qui horum notorie pauperes & ære alieno oppressi fuerint, illorum opæ ac opera destituantur, hanc introductam esse hypothecam dixeris. Restrigitur vero eadem, ob causas ante allatas, ad honorarium pro ministeriis sub ipso lethali morbo, *then dödas sista sjukdom*, præstitis, & pharmaca in tentatam ejusdem morbi curationem aut levamen credita. Dicimus autem lethalem morbum eum, quo proxima mortis defuncti causa continetur. Cujus quidem duratio in *acutis* facillime definitur: in *chronicis* vero non æque; in quibus ideo ad ingruentium tandem symptomatum gravitatem & manifestum virium decrementum respiciendum esse jubet ratio, ne *miserabilis crediti* privilegium ultra quam fas est, in aliorum creditorum damnum prorogetur. *Æsti-*

manda autem sunt, honorarii Medico debiti quantitas, & pharmacorum pretium, ex iis quæ ea definiunt Constitutionibus. V. *K. M. Medic. Taxa d. 6. Aug. 1777.* Quocirca & reliquæ impensæ in curam ægroti factæ, ad dignitatem ejus & facultatum modum, morbiq; diuturnitatem & vehementiam exigendæ erunt.

(e.) *XVII. 4 HBL. K. Förordn. om afstrådes och förmons tvister d. 26. Aug. 1773. §. 3. mom. 4.* Familii adpellatione non eos tantum comprehensos volumus qui ad serviles operas legitime conducti, in domo debitoris, mortis sui tempore, mensa ejus & convectu utuntur vel alias suis aluntur impensis; sed & illos, qui liberalioris conductionis lege, certa ac determinata eaque honoratiora ministeria in debitoris gratiam obeunda suscepunt, etiam si vel separatam sibi constituerint Oeconomiam. Illi in Jure nostro *Tienstebion*, hi *Betiente* vocantur. *l. cit. & XLII. 1. MGBL.* & posterioris quidem vocis ambitus latissime patet. Sicut hi suum sudorem suosque labores, in res debitoris, quæ creditoribus jam cedunt, vel conservandas vel augendas contulerunt: ita humanitatis non minus quam æquitatis est, ut qua mercedulam pro ultimo conductionis termino, ex contractu vel communi consuetudine sibi debitam, hypotheca fruantur, qua adjuti reliquis plerisque creditoribus anteferantur. Quod quidem beneficium nec propriis debitoris liberis denegandum, si suas operas parentibus locasse intelligantur. Quæ a longiori retro tempore debentur mercedes, eæ in simplex ivisse creditum præsumuntur, ideoque privilegio carent.

(f.) *K. Br. den 14. Jun. 1696. K. Förordn. om afstr. tvist. d. 26. Aug. 1773. §. 3. mom. 4.* De hypotheca
taci-



tacita speciali pro censu & pensionibus prædiorum rusticorum fisco concessa, supra est dictum. Hæc de qua jam loquimur, ad ea pertinet tributa, quæ rebus immobilibus non inherebant, sed personis civium, reliquisque eorum facultatibus imponuntur. Eam autem ultra contributionem illius anni, quò currente diem obiit aut bonis cessit debitor porrigendam non esse, loca allata satis demonstrant. cfr. ARNELL *ad. c. XVII. ABL. StL. p. 334.* Si ante diem primum mensis Maii capite census decesserit, quid obtineat, docet *K. Br. til Camm. Coll. d. 24. Martii 1724.* cfr. *K. Cammar Coll. Notif. om upb. Term. d. 11. Maii 1724.*

(g.) *XVII. 8. HBL.* Competit hæc hypotheca minoribus & pupillis intuitu omnium bonorum quæ *tutorio nomine* vel a *parente* superstite *XX. 1. 2. ABL* vel a *Tutoribus*, sive *Testamentariis* §. 3. sive *Legitimis* §. 4. sive *Dativis* §. 6. *ibid* administrantur. Quæ autem illa sint, quæritur. Ea, opinor, quæ vel successionis jure sive ab intestato, sive ex testamento pupillo obvenierunt, vel alio quidem titulo primum quæsitæ, sed cum his in unum postea conflata legitimo divisionis instrumento Tutori curanda ac custodienda cesserunt. Hinc pro *pecunia lustrica*, id est donis, quæ recens baptizatis a Patrinis in primis offeruntur, nobis *Faddegråfva*, nullam in bonis parentum hypothecam liberis jus nostrum indulget. Quod in quantum æquitati conveniat paucis dispicere tanto magis e re nostra esse videtur, quanto notius est, quam hæc quæstio olim Jureconsultorum exercuerit ingenia, quamque miris illa altercationibus occasionem dederit. Statuebant nimirum alii hanc pecuniam, quod quasi in compensationem sumtuum baptismalium daretur, non infanti, sed parentibus adquiri, &



supervacaneam ideo esse omnem de hypotheca ejus nomine constituenda controversiam. Atque horum quidem causam peroravit THOMASIVS *Dissert. supra cit.* Alii contra, multo plures, ex intentione dantium manifestum esse putabant, infanti eam adquiri. Sed ad quodnam *peculii* genus referri, & an ejus intuitu hypotheca liberis concedi deberet, de eo vehementer inter se dissentiebant. Plerisque tamen placuit ad *adventitium* regulare illam pertinere, adeoque hypothecam in bonis parentum liberis in ejus securitatem dandam esse, & id quidem, judicante BOEHMERO *Jur. Eccles. Prot. III. 3. 42. §. 47. non alia de causa, quam quod* CARIZOVIUS, BRUNNE-MANNUS, STRYKIUS, RICHTERUS ceteraque *Jurisprudentiæ lumina, quorum auctoritas in praxi plerosque in suam traxit partem, hoc dogma propagaverint.* Cfr. HARPRECHT *Scrutin. Octodecim Hypoth. Spur. §. 14.* Quæ et re factum est, ut eadem hæc sententia leges ipsas plurimarum gentium in suam redigeret potestatem. Venum his longius immorari jam non vacat. Regredendum potius ad Jus patrium hodiernum. Agnoscit id *muna lustralia* liberis, non parentibus, adquiri. Quamobrem & si moto concursu in bonis parentum *in specie* essent, facultatem illis impertitur, ea ipsa tanquam sua, *separationis jure* sibi vindicandi. Quinimo, si distracta fuerint, actionem iis concedit, ad æstimationem eorum ex bonis cessis exigendam; sed ita tamen, ut inter simplices chirographarios collocandos eos velit, ceu hæc omnia ex loco classico *XVII. 2. HBI.* plus satis sunt manifesta. Adparet hinc, recessisse Jus nostrum hodiernum & a Jure veteri, quo pecunia lustrica, etiam alienata, cum fructibus inde perceptis, *jure separationis*, & tanquam quæ in rem parentum nunquam abiisset, liberis erat adjudicanda *XXI. ABI. StL.* & ab eorum opi-

opinionē, qui hypothecam saltim in ejus securitatem donatario indulgendam censuerunt. Cujus quidem rei sequentes reddere licebit rationes. Est (1.) pecunia lubrica de earum donationum numero quibus Jura nostra non favent. Vix enim alii rei nisi luxui fovendo & patrinis inutiliter onerandis inservit. Unde & jam dudum, quod sine dubio adpareret dona magis quam patrinos quæri, & opulentiores frequenti admodum ad hoc officium obediendum invitatione prægravari, de coercenda intempestiva hujus donationis licentia laboratum constat. Vid. *Gottl. StL. Lib. IV. P. I. c. 18. K. M. Stadg. ang. åtsk. Oordn. bland Adel. d. 30 Aug 1664. §. 5. & d. 19. Decemb. 1668. §. 9. item ang. Oordn. bland Prästersk. d. 1. Mart. 1669. §. 21.* (2.) Adhæret id plerumque his donationibus incommodi, ut mota de quantitate earum quæstione, nullo fere alio de ea consistare queat argumento, quam sola parentum confessione. Et licet huic nullam in causa liberorum leges hodie tribuant fidem; prudentis tamen non foret Legumlatoris, cum eorum impudentia cæterorum creditorum vel pudorem vel miserationem committere velle. Fieri namque posset, ut hi, ne immites & parum elegantes viderentur, ipsimet profiterentur, facile se passuros, ut parentum in hoc puncto assertio plenæ probationis vice habeatur. (3.) Si legali hypotheca munita esset hæc pecunia, metuendum utique foret, ne ad incitas redacti parentes falsa confingerent instrumenta, vel commentitias alias conquirerent probationes, quibus adjuti, munerum liberalium liberis suis debitorum obtentu, creditores suos turpiter emungerent. (4.) Quamvis miseranda haud raro sit conditio liberorum, quorum parentes foro cedunt, aut qui gravatam supra suas vires hereditatem abdicare coguntur, miserabilior tamen est creditorum fors, quam



ut eos, cæteroquin etiam rerum suarum jacturam facturos, cum exitio publicæ fidei, fraudibus locum probabiliter habituris, exponi conveniat, præsertim cum sæpiissime incertum remaneat & ambiguum, annon pecunia de qua recuperanda agitur, in rem liberorum eandem jam reposcentium versa fuerit. (5.) Si tandem ex mandata vel deposita pecunia, nullam mandanti hypothecam concedendam voluit Legislator, ob facillimam istius hypothecæ ad iniquissimas fraudes tegendas detorsionem, quidni & idem juris erit qua munera lustralia, quæ pariter per modum simplicis mandati, privata ut plurimum fide, donatarii parentibus custodienda traduntur vel administranda. Aut valde fallimur, aut suspectura hæc videbuntur ad sapientiam & æquitatem juris nostri hoc in puncto vindicandam. Nec difficile perspectu, extendere se horum argumentorum vim ad negandam minorennibus hypothecam legalem pro quacunque etiam alia pecunia, quæ sive vivis sive defunctis parentibus vel privata donatione ipsis est quæsitæ, vel quam proprio labore partam ipsænet Tutori suo custodiendam commendarunt. Hactenus enim eadem ejus quæ munerum lustralium est ratio. Sin acciderit donatam infanti pecuniam legitimo divisionis instrumento sibi reservari, & una cum reliquis suis bonis hereditate acceptis in Tutoris administrationem conferri, aliter sane pronuntiandum videtur. Hæc quippe omni fraudis suspitione vacua, lege aut Magistratu adprobante, Tutoris creditur fidei, & tutorio ab eo nomine recipitur. Nec quæ contra hypothecam in bonis parentum pro pecunia lustrica aut alia simili adductæ sunt rationes, ullum amplius qua hanc locum inveniunt. Cæterum ut, quæ tutoria potestate administranda recipiuntur salva præstentur & secuta, tanto est æquius, quanto certius, ad publicam pertinere curam, ut pupillis subveniatur. **XXIII. I. ABL. K. Förkl. d. 21. Oct.**

Ord. 1721. §. 2. Quæ vero pupillo, ea & si ante rationes redditas & bona sibi restituta morte decesserit, heredibus ejus, contra Tutorem & illius heredes competit actio hypothecaria; quæ tamen neutri eorum indulgenda contra eos, qui a Tutore pecuniam pupillarem mutuum acceperunt, quippe quod omnia nomina a Tutore facta ipsius sint periculo.

(b.) *XVII. 8. HBL. Pia corpora* ea nobis audiunt collegia ac universitates, quæ vel religionis vel pietatis causa in gratiam nempe miserabilium personarum jubente aut adprobante Principe coierunt. Ad priorem classem pertinent Ecclesiæ, *Kyrkor*: ad posteriorem *Fattighus*, quæ generali voce continentur Nosocomia, Ptochodochia, Brephotrophia, & quæ ad vitalitium viduis & orphanis excolata eum in finem pecunia præbendum constitutæ sunt societates. cfr. *K. M. Stadfäst. på Civil stat. förening om en underb. Cassa för theras Enkor och omynd. barn d. 1. Febr. 1743. mom. 5. På Präst. St. d. 16. Sept. 1746. mom. 1. På Milit. Statens d. 30. Junii 1747. mom. 1.* Per administratores autem horum corporum eas intelligimus personas, quæ redditibus eorum colligendis, dispensandis, rationibusque reddendis præponuntur. Atque hi sunt, quorum universum patrimonium Corpori pro pecunia fidei ipsorum mandata, hypothecæ nomine devincitur.

(i.) *XVII. 8. HBL. Administratorum Fisci* adpellatione continentur omnes quibus pecuniæ publicæ, aut immediate Fisco reservatæ aut in certarum universitatum ac collegiorum usum assignatæ, collectio & custodia est commissæ. Horum autem & ordines & genera fere sunt innumera, ut eorum omnium recensum inire hujus opellæ limites non patiantur. cfr. *Regem. Skr. Instr. d. 15. Febr. 1733. §. 16. K. Br.*



om Ståd, Upb. mån d. 8. Januar. 1729. K. M. Utfl.
på Mgift. i Åbo ansökn. d. 19. Octob. 1757.

(k.) XVII. 8. HBL. Indulta primum fuit hæc in ministerialium
suorum bonis Ordini Equestri hypotheca per K. Resol.
på Ridd. och Adel. Besv. d. 29. Nov. 1680. §. 23. in
fin. deinde & in Ridd. och Adel. Priv. d. 16. Octob.
1723. §. 18. & Jure communi confirmata. Quæ vero
pro cambialibus XVII. 14. HBL. & aliis nonnullis de-
bitis per K. Förordn. d. 17. Januar. 1746. K. Manusf.
Priv. d. 29. Maii 1739. §. 22. & K. Resol. på Ståd.
Besv. d. 17. Julii 1752. §. 20. in gratiam commercio-
rum ac opinciorum creditori constituta erat hypotheca,
illa, til förekommande af svek, andre råttmätige Borge-
næver sil förfång, jam pridem est abrogata. K. Förordn.
om växl. och skuldsedl. d. 15. Dec. 1756.

Errata

P. 5. lin. 23. exstat naturalibus leg. naturalis
29. 17. Sepulturum sepulturam

Leviora alia, quæ forte irrepperunt, ipse corrigat. B. L.

